

LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO ARGENTINO*

THE JUSTIFICATION OF PUNITIVE DAMAGES IN ARGENTINE LAW

*María Agustina Otaola***

Resumen: El presente artículo aborda el análisis de la justificación de la aplicación de los daños punitivos en el derecho argentino. Partiendo de la afirmación de que toda medida que implique la coacción del estado y la limitación al ámbito de libertad de los individuos debe estar debidamente justificada, se pretende encontrar la justificación subyacente en la doctrina y jurisprudencia argentina sobre daños punitivos para delimitar las ideas implicadas y las consecuencias que se derivan de ella, con el objetivo de clarificar esta figura sancionatoria que se encuentra en una zona de penumbra en el derecho privado argentino.

Palabras - clave: Derecho de daños - Daños punitivos - Justificación - Sanción - Disuasión.

Abstract: This article deals with the analysis of the justification for the application of punitive damages in Argentine law. Based on the claim that any measure that involves state coercion and limiting the scope of freedom of individuals must be properly justified, it is pretended to find the underlying justification in the doctrine and jurisprudence about punitive damages in Argentina to delimit the ideas involved and the consequences that are derived from it, in order to clarify this legal figure that is in a twilight zone in Argentine private law.

Keywords: Law of torts - Punitive damages - Justification - Punishment - Deterrence.

Sumario: I. Breve Introducción. -II. La necesidad de justificación para aplicar una sanción. -II.1. La retribución. -II. 2. La disuasión. -III. ¿Retri-

*Trabajo recibido para su publicación el 18 de septiembre de 2013 y aprobado el 29 de noviembre del mismo año.

**María Agustina Otaola, abogada, doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), maestrando en Derecho y Argumentación jurídica (UNC), becaria de postgrado en CONICET, integrante de grupo de investigación SECyT, adscripta de Derecho privado II y Derecho privado VII en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

bucionismo versus utilitarismo? -IV. Entonces, ¿cuál es la justificación de los daños punitivos? -V. Si el fundamento de los daños punitivos se encuentra dado por sus fines sancionatorio y punitivo, ¿está justificado aplicar esta sanción en el ámbito civil? -VI. Reflexión final.

I. Breve Introducción

La figura de los daños punitivos o multa civil, ha sido tema de estudio y debate a partir del trabajo de Alfredo J. Kraut en 1989 donde propuso la adopción de los daños punitivos *de lege ferenda* al derecho argentino (1), y de la obra del profesor cordobés Ramón Daniel Pizarro del año 1993, aparecida en un libro en homenaje al profesor Félix Trigo Represas (2). Asimismo, fue asunto de discusión científica en Argentina en el marco de Jornadas y Congresos Nacionales de Derecho aproximadamente desde el año 1995 (3). La tendencia mayoritaria en la doctrina fue favorable a su incorporación a nuestro derecho positivo (4).

Entre los autores que se han pronunciado en este sentido, pueden mencionarse los siguientes civilistas y comercialistas: Trigo Represas (5), Mosset Iturraspe (6), Álvarez Larrondo (7), Zavala de González (8), Galdós (9), Padilla (10), Lorenzetti (11), Alterini (12),

(1) KRAUT, A. J., "Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva", *JA* 1989-III-907.

(2) PIZARRO, R. D., "Daños punitivos", *Derecho de daños, Libro en Homenaje al Prof. Félix Trigo Represas*, 2ª parte, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dir.), La Rocca, Buenos Aires, 1993, pp. 287- 337.

(3) IV Congreso Internacional de Daños, Bs. As., 1995; III Congreso Latinoamericano de Derecho Privado, Bs. As., Junio de 1996; V Congreso Internacional de Derecho de Daños, Bs. As., 1997; XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, Septiembre de 1999; XIII Conferencia Nacional de Abogados, San Salvador de Jujuy, abril de 2000; entre otros.

(4) LOPEZ HERRERA, E. *Los daños punitivos*, 1ra. ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 317.

(5) TRIGO REPRESAS, F., "Los daños punitivos", en ALTERINI, A. A., LOPEZ CABANA, R. M. (dirs.), *La Responsabilidad, Libro en Homenaje al Profesor Isidoro Goldenberg*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1995, p. 283.

(6) MOSSET ITURRASPE, J., "La 'multa civil' o daño punitivo. Comentario al Proyecto de Código Civil de 1998", *LL* 2000-B-1277.

(7) ÁLVAREZ LARRONDO, F., "Los daños punitivos", *LL* 2001-A-1111.

(8) ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., GONZÁLEZ ZAVALA, R. M., "Indemnización punitiva", en BUERES, A., KEMELMAJER DE CARLUCCI A. (dirs.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 188.

(9) GALDÓS, J. M., "Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998: Primeras aproximaciones", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nro. 5, 1999.

(10) PADILLA, R., *Sistema de la Responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 39 y 40.

(11) LORENZETTI, R. A., *Las normas fundamentales del derecho privado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, p.391.

(12) ALTERINI, A. A., *Contratos civiles- comerciales de consumo. Teoría general*, AbeledoPerrot, Buenos Aires 1998, p. 604.

Burn (13), Nallar (14) y Moisés (15). Se planteó la necesidad de aplicar esta multa a personas que causan un daño con una connotación subjetiva: grave menosprecio hacia los derechos ajenos, culpa grave o lucrativa o ánimo malicioso, son algunas de las expresiones que se han empleado para referirse a la conducta merecedora de esta sanción ejemplar. Por lo tanto, un elemento distintivo es la necesidad de un factor de atribución subjetivo agravado, ya que la mera negligencia no es suficiente para imponer daños punitivos (16).

No obstante, también se alzaron voces en contra de la adopción de esta figura que fue considerada por algunos autores extraña a nuestro derecho positivo por provenir del derecho anglosajón (17), inconstitucional y perteneciente al régimen sancionador del derecho administrativo o al derecho penal (18). Finalmente, prevaleció la primera postura y los daños punitivos fueron incorporados a la ley de defensa del consumidor en el año 2008 por ley 26.361. El artículo 52 bis de dicho cuerpo normativo, expresamente los denomina “daños punitivos” y se aplican únicamente cuando existe una relación de consumo.

Sin embargo, la recepción de la figura no eliminó las dudas respecto de la conveniencia de su incorporación y aplicación, y dejó al descubierto un problema: los daños punitivos se encuentran en una zona de penumbra en el derecho argentino.

II. La necesidad de justificación para aplicar una sanción

Los daños punitivos han sido definidos como “aquellas sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada conducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental. Algunas veces esos daños son llamados ejemplares en referencia a la idea de que son un ejemplo para el demandado” (19).

(13) BURN, C. A., “¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados ‘daños punitivos’)”, *DJ* 2004-3-1228.

(14) NALLAR, F., “Prevención del daño: La ‘Multa Civil’ o ‘Daños Punitivos’ en el Proyecto de Código Civil de 1998”, *ADLA* 2007-E-549.

(15) MOISÁ, B., “Los llamados ‘daños punitivos’ en la Reforma de la Ley 24.240”, *RCyS*, agosto de 2008, p. 31.

(16) LOPEZ HERRERA, E., *op.cit.*, p. 22.

(17) Sin embargo, López Herrera señala en su obra “Los daños punitivos”, que el common law y el civil law no son tan distintos ni tan antitéticos, ya que se trata en definitiva de modelos jurídicos occidentales, con una gran influencia del derecho romano. LOPEZ HERRERA E., *op. cit.* p. 2.

(18) En contra de los daños punitivos: BUSTAMANTE ALSINA, J., “Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”; PICASSO, Sebastián “Sobre los denominados daños punitivos”, *LL* 2007 F-1154; en consonancia con BUSTAMANTE ALSINA, MARTINOTTI, D. F., “Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, *LL*, 31/11/2001, plantea la inconstitucionalidad de los mismos por ser verdaderas sanciones de tipo penal.

(19) DOBBS, D. B., *Law of remedies*, en LOPEZ HERRERA, E. *Los daños punitivos*, *op. cit.* p. 17.

Como bien señala la definición, se trata de una suma otorgada *en adición* al daño compensatorio, por lo tanto, su naturaleza no es compensatoria o indemnizatoria.

La norma que acoge, dentro de nuestro derecho, los denominados daños punitivos establece que si se produce un incumplimiento del proveedor de bienes y servicios respecto de las obligaciones legales o contractuales que asuma, a instancia del damnificado, el juez *podrá* aplicar esta multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.

Los daños punitivos, como su nombre lo indica, persiguen la punición de determinadas inconductas caracterizadas por un elemento axiológico o valorativo agravado. Existe acuerdo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de que tales daños tienen una doble finalidad: punitiva y disuasiva. De tal modo, una norma de responsabilidad civil no siempre tiene exclusivamente una finalidad compensatoria.

En consonancia con esta doble finalidad, el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 los denomina “Sanción pecuniaria disuasiva”. Tal denominación a su vez parece más apropiada que la expresión arraigada en nuestra práctica, que constituye una traducción literal de los *punitivedamages* del derecho anglosajón. La expresión ‘daños punitivos’ es equívoca: por un lado el daño se repara y no tiene una finalidad punitiva, y por el otro, la punibilidad que se aplica no tiene una relación de equivalencia con el daño sufrido por la víctima, sino con la conducta del dañador (20).

Esta figura relativamente nueva en nuestro derecho positivo, consiste en una pena que se impone al responsable de una conducta que transgrede el deber jurídico de no dañar a otros y que además –como se verá en este trabajo– tiene determinadas aristas que justifican una sanción especial en el derecho privado.

Siguiendo a Hart, podemos entender por pena un acto que ocasiona un daño, impuesto como consecuencia del incumplimiento de una norma jurídica, que se inflige al responsable del incumplimiento, es administrado intencionalmente por seres humanos distintos a la víctima, y cuya imposición y regulación vienen determinadas por el sistema jurídico, cuyas normas han sido incumplidas (21).

En los daños punitivos, el daño consiste en el desembolso económico que debe realizar el incumplidor de la norma 52 bis de la ley de defensa del consumidor (t.o. 26.361), que pone en cabeza del responsable una obligación de dar una suma de dinero por encima del daño efectivamente sufrido por la víctima. Esta norma lleva implícito el poder de coacción del derecho de imponer sobre una persona el cumplimiento de determinada obligación. Como tal, implica un límite al ámbito de libertad del sujeto pasivo de la sanción, en este caso el proveedor de bienes y servicios, consistente en

(20) Proyecto de Código Civil y Comercial, 1º ed., Zavalía, Buenos Aires, Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial p. 766.

(21) HART, H.L.A., *Are they natural rights?*, en VILAJOSANA, J.M., *Identificación y justificación del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 176.

el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que asume frente al consumidor, ya que el mismo no debe apartarse de la conducta prometida o legalmente establecida.

Como bien señala Vilajosana (2007), toda sociedad que imponga este tipo de castigos debe justificarlos, por cuanto suponen la acción del Estado a la hora de ocasionar de manera intencionada un daño. Dañar a una persona es *prima facie* moralmente incorrecto, a menos que exista alguna justificación satisfactoria.

En estas líneas se pretende descubrir si realmente existe tal justificación para imponer una condena por daños punitivos en el ámbito de la responsabilidad civil argentina, y en caso de arribar a una respuesta afirmativa, delinear tal justificación.

Pizarro define los daños punitivos como “[*Aquellas*] sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (22).

Dos formas de justificación del castigo parecen adecuadas para dar cuenta de la imposición de los daños punitivos: la retribución (como fundamento de la faz punitiva) y la disuasión. A continuación se verá cual es más apta y –en su caso– si puede la justificación moral de los daños punitivos basarse en una combinación de ambas nociones.

II.1. La retribución

La retribución es una forma de justificar el castigo que mira hacia el pasado: se castiga a una persona por el daño que ha cometido, porque con su accionar ha quebrantado el equilibrio que se da en la sociedad. Por lo tanto, para reinstaurar el equilibrio alterado, se castiga a la persona que contraviniendo una norma jurídica está obteniendo una ventaja desleal con respecto a quienes cumplen con el derecho, lo cual a todas luces es injusto (23). El argumento implicado en esta forma de justificar el castigo es el siguiente: los seres humanos poseen libre albedrío para tomar sus propias decisiones.

En un contexto de libertad para cumplir o no con el derecho, quienes deciden incumplirlo causando con ello un daño a terceros, lo hacen con voluntariedad y a sabiendas de la transgresión, por lo tanto, se hacen responsables de las consecuencias de dichos actos, este es el principio de justo merecimiento (24).

En el ámbito del derecho del consumo, el sujeto pasible de esta multa civil es el proveedor de bienes y servicios, caracterizado en el artículo 2 de la ley 24.240 como

(22) PIZARRO, R.D. “Daños punitivos”. *Derecho de daños, Libro en homenaje al Prof. Félix Trigo Represas*, 2º parte, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dir), La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 291.

(23) VILAJOSANA, J.M., *Identificación y justificación del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 177-180.

(24) Esta idea implica descartar el determinismo, según el cual todo lo que nos sucede en la vida se halla ya predeterminado, y por lo tanto no somos libres de decidir si actuar de determinada manera u otra.

la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Se trata de personas o entidades conformadas por personas *racionales* que desarrollan de manera *profesional* una actividad comercial.

Este parece ser el razonamiento en “R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.” para imponer una condena por daños punitivos:

“En nuestra doctrina parece haber consenso en afirmar que la aplicación de los daños punitivos se encuentra condicionada a la existencia de una conducta especialmente reprochable y cualquier actuación meramente negligente o culpable no dará lugar a la multa civil prevista en el artículo 52 bis en análisis. Se sostiene que la aplicación del instituto es de carácter excepcional y de naturaleza restrictiva y que solo procede cuando el proveedor incumpla sus obligaciones con dolo, culpa grave, malicia, cuando el comportamiento importe un desprecio inadmisibles para el consumidor” (25).

La exigencia del incumplimiento de las obligaciones con dolo, malicia o culpa grave requiere que el sujeto sancionado actúe libremente, es decir, pudiendo cumplir e incumplir sus obligaciones, elige esto último a sabiendas del daño que puede producir al consumidor.

Siguiendo este razonamiento, en autos *San Miguel, María Laura c/ Telecentro S.A.* (26) para determinar la procedencia o no del rubro sancionatorio se dijo: “Los daños punitivos tienen entonces un propósito netamente sancionatorio, y revisten particular trascendencia en aquellos casos en los que el responsable causó el daño a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente desembolsar en concepto de indemnización de daños”. La mención expresa de la causación del daño a “sabiendas” implica el incumplimiento del derecho con voluntariedad.

Del mismo modo se estableció en autos *Murana Paola Silvana c/ Peugeot Citroën Argentina* (27): “Nótese que la conducta reprochada es la del fabricante o proveedor que realiza un cálculo previo, a sabiendas de que el producto o servicio ofrecido puede ocasionar un daño, y mediante el cual se asegura que descontando las indemnizaciones tendrá aún un beneficio que redundará en ganancia”; y para rechazar el rubro daños punitivos se fundamentó: “no ha sido demostrada la existencia de un proceder intencional y habitual por parte de las defendidas relativo a la fabricación de automo-

(25) CNCOM, Sala F, “R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.”, 10 de mayo de 2012, elDial AA769F.

(26) CNCIV, Sala H, “San Miguel, María Laura c/ Telecentro S.A. s/ Daños y Perjuicios”, 10 de diciembre de 2012, elDial AA7CC9.

(27) CNCOM, Sala F, “Murana Paola Silvana c/ Peugeot Citroën Argentina S.A. y otro s/ ordinario”, 5 de junio de 2012, elDial AA792B

tores con equipos de aire acondicionado deficientes o la realización de reparaciones insatisfactorias”.

Por lo tanto, una de las pocas cuestiones en las cuales existe un relativo acuerdo para imponer esta sanción en la jurisprudencia argentina, es la exigencia de la causación del daño a sabiendas y con un elemento subjetivo agravado, lo cual satisface el principio de justo merecimiento implicado en esta forma de justificar el castigo.

Owen se refiere al justo merecimiento como un *límite moral inherente* de los daños punitivos al decir: únicamente debe castigarse a quien lo merece, porque de lo contrario la sociedad se convierte en victimaria de un inocente (28).

Del principio de justo merecimiento que ha sido evocado por la doctrina y jurisprudencia para justificar la procedencia de la sanción punitiva, se sigue otro principio: la proporcionalidad de la pena, conforme el cual debe existir equivalencia entre el daño causado y la pena que se le asocia (29).

Nótese que es necesario distinguir entre el daño causado al consumidor en particular y el daño que el proveedor causa a la sociedad en su conjunto con su conducta desaprensiva. De este modo, es posible deslindar conceptualmente y cuantificar de modo diferenciado el daño que se inflige al consumidor que tiene naturaleza compensatoria, y el daño punitivo que se configura por el daño causado a la sociedad toda; erigiéndose de este modo el consumidor que reclama, en una suerte de fiscal privado, ya que de otro modo muchas conductas especulativas de los proveedores quedarían impunes.

El artículo 52 bis establece que la multa civil se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias de la causa (30). Si bien textualmente se refiere dicha norma a la “gravedad del hecho” y no del reproche subjetivo, López Herrera entiende que la responsabilidad por daños punitivos es subjetiva, por dolo o culpa grave, por lo tanto la discusión respecto a si se refiere al hecho o a la culpa es inútil; aunque hubiera sido mejor que se hablara de gravedad de la culpa por una razón de claridad (31).

Sin embargo, entendemos que la norma es clara en cuanto establece como pauta para la cuantificación de los daños punitivos la gravedad del hecho; por cuanto los

(28) OWEN D., “The moral foundations of punitive damages”, *Alabama Law Reviews*, vol. 40, N° 3, primavera 1989, p.705, op cit. p. 721.

(29) VILAJOSANA, J.M., op cit., p. 179.

(30) Artículo 52 Bis. *Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento, responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.*

(31) LÓPEZ HERRERA, op. cit. p. 366.

daños punitivos también se dirigen a sancionar al dañador en virtud de la entidad de los bienes conculcados, por ello se propicia su aplicación en materia de daños al medio ambiente, daños al consumidor, daños al honor y a la intimidad cometidos por medios de prensa, y daños a los derechos de incidencia colectiva.

De este modo se entendió en el fallo *Rodríguez, Maximiliano c/AFA* (32), donde la Cámara decide rechazar el rubro daños punitivos oportunamente reconocido en la suma de pesos 10.000 en primera instancia con fundamento en que la premisa fáctica no configura un hecho de gravedad:

“En cuanto a la gravedad del hecho debemos tener en cuenta que todo lo que vio frustrado el actor fue el acceso a ver un partido de fútbol y que esto no ocurrió por una conducta deliberada o gravemente culpable de la demandada, sino como consecuencia del accionar de las denominadas barras bravas que superó el accionar de la policía, conforme a sus propias declaraciones y las constancias obrantes en el sumario penal. La actitud asumida en el caso por la policía, si bien ésta integraba la organización a cargo de la demandada, operativamente estaba sometida a sus propios mandos y a las directivas del poder político. A esto se sumó el hecho de las entradas falsas. No advertimos ningún elemento probatorio que nos indique que la demandada haya especulado con una ganancia de concretarse una situación como la ocurrida. No aparece prueba alguna que permita suponer que hubo una sobreventa de entradas”.

La Cámara decidió rechazar el rubro daños punitivos por considerar que el daño causado al consumidor en particular no configura un hecho de gravedad; mientras que no existiría el daño a la sociedad en su conjunto, ya que de las constancias de la causa, no es posible colegir que hubo sobreventa de entradas.

Finalmente, el artículo 52 bis remite al artículo 47, inciso b) de la LDC como tope máximo del monto de la sanción (cinco millones). A su vez, el artículo 49 del mismo cuerpo normativo brinda pautas para la aplicación y graduación de las sanciones, las cuales son: el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario (con respecto a este punto, se indicó la necesidad de distinguir entre el daño al consumidor y el daño a la sociedad; por cuanto la punición al proveedor debe realizarse en función de éste último), la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del caso. Por lo tanto, el artículo 52 bis establece claramente como pauta para la graduación de la sanción la gravedad del hecho, pero también y aunque la norma no lo dice expresamente, habrá de tenerse en cuenta la gravedad de la falta (33); y este último requisito no sólo reviste entidad para la graduación de la

(32) CACyC, Rosario (Santa Fe), “*Rodríguez, Maximiliano c/AFA* (Asociación del Fútbol Argentino) s/Daños y perjuicios”, 9 de abril de 2013, eIDial AA80D2.

(33) En autos “*T. M. c/ Grimoldi S.A. s/daños y perjuicios*” se estableció: “[La parte actora] se agravia también por el monto del daño punitivo condenado a pagar a la accionada por el A quo, quien entendió que se debe graduar según su cuantía, intencionalidad, gravedad, reincidencia y

sanción sino también para la procedencia de la misma, ya que tal como señalamos, un rasgo distintivo de los daños punitivos es la necesidad de un elemento subjetivo agravado. No obstante, la postura minoritaria que no compartimos establece que es suficiente la existencia de una conducta que pueda calificarse como objetivamente reprochable (34).

El principio implicado en la justificación retributiva de la proporcionalidad entre el daño causado y la pena que se le asocia, se encuentra presente en la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, en tanto consideran como elementos dirimientes para la procedencia y graduación de la sanción la gravedad del hecho y el elemento subjetivo agravado, con las salvedades que se harán respecto de las condiciones particulares del victimario y el fin disuasivo.

Finalmente, como bien señala Vilajosana, la justificación retribucionista de la pena conlleva también sostener un tercer principio: el principio de igualdad, que supone tratar igual a los iguales; quien cometa delitos similares debe ser tratado de modo similar, con independencia del estatus personal o social tanto de los del dañador como de la víctima (35). Sin embargo, este último principio implicado no es compartido cuando se trata de la graduación de los daños punitivos, donde se evoca la doctrina de los bolsillos profundos *deepockets*. Así, en “Teijeiro c/ Cervecería y Maltería Quilmes” (36), para solicitar la condena por daños punitivos el actor sostuvo:

“Una de las principales pautas para cuantificar el daño punitivo es la capacidad de pago de la demandada ya que a mayor capacidad de pago, mayor debe ser la indemnización punitiva. Que no es lo mismo multar a un kiosquero que a una multinacional. Que una suma significativa para aquél será irrisoria para ésta. Que por ello los norteamericanos hablan de los *deepockets* (bolsillos profundos) como parámetro básico a la hora de fijar el monto del castigo a la empresa que no ha cumplido con las pautas más elementales para con los consumidores.

demás circunstancias relevantes. Habida cuenta de que en el expediente se probó que hubo intencionalidad -dado que pese a las reiteradas ocasiones en que se presentó a buscar una solución, no sólo no la obtuvo sino que se dilataba la misma sin ofrecimiento alguno, a lo que incluso se sumó malos tratos por parte del personal de la empresa-; que hubo gravedad (deliberadamente vendieron un producto que sabían estaba fallado, que no lo podían arreglar y no daban solución alguna al respecto), y reincidencia (dado que no es la primera vez que le venden un producto con fallas que debe cambiar por otro o enviar a compostura y perder su utilización por largo tiempo)...por ello, el daño punitivo debe elevarse a 20 veces como mínimo el valor del producto, para evitar que en lo sucesivo, la demandada siga vendiendo productos defectuosos y no dando una adecuada respuesta ante dicha actitud.-Cámara de Apelación de Circuito de Rosario, Santa Fe, “T. M. C./Grimoldi S.A. s/ daños y perjuicios”, 4 de abril de 2013, elDial AA80D5.

(34) Ver al respecto: ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde (“Indemnización punitiva”, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, LexisNexis, Bs. As. 1997) y MOSSET ITURRASPE, Jorge (“El daño punitivo y la interpretación económica del Derecho”, *Revista de Derecho de Daños*, 2011-2, Rubinzal Culzoni, p. 158).

(35) VILAJOSANA, op.cit. pp. 179 y 180.

(36) CACyC, tercera nominación, Cba, “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A Y G - Abreviado - Otros”, 17 de abril de 2012, elDial AA75E0.

Sostiene que en su propia página web la aquí demandada se jacta y publicita su poderío económico y su presencia en el mercado argentino”.

Sobre este punto profundizaremos al tratar la justificación disuasiva.

No debe soslayarse que la justificación retribucionista trae aparejados algunos inconvenientes para poner en práctica los tres principios implicados (justo merecimiento, proporcionalidad ante la falta y el castigo y justicia). Es difícil poner en práctica el principio de proporcionalidad, ya que nunca se sabrá con exactitud cuándo el castigo es proporcional a la falta cometida. Sin embargo, podemos responder que lo que se exige no es una proporción matemática, sino más bien una aproximación racional.

Con respecto al justo merecimiento, en el derecho no basta con que un acto sea erróneo o equivocado para ser castigado, sino que es necesario que dicho acto se determine de forma más o menos clara. Con buen tino, Ellis advirtió que ésta es la tarea más difícil, ya que de lo contrario no puede decirse que el autor eligió cometer ese acto que la sociedad reprueba (37). No obstante lo acertado de dicha postura, debemos tener en cuenta que los daños punitivos rigen en materia civil, donde no existe un *numerus clausus* de ilícitos civiles tipificados como en materia penal. Sí puede entenderse como una exigencia de normas precisas sin vaguedades y ambigüedades con un referente empírico claro. Como veremos, la norma que acoge el instituto en nuestro derecho, deja mucho que desear al respecto.

El artículo 52 bis de la ley 24.240 establece que si se produce un incumplimiento del proveedor de bienes y servicios respecto de las obligaciones legales o contractuales que asuma, a instancia del damnificado, el juez *podrá* aplicar esta multa civil. La simple lectura de la norma indica que el presupuesto fáctico que habilita al juez a aplicar las consecuencias de la institución en cuestión, es la presencia de un incumplimiento de la obligación legal o contractual asumida. Sin embargo, esa sola circunstancia no es determinante para que se aplique una sanción de orden civil, que excede la indemnización del daño causado y cuyo monto parece quedar librado a la discreción del juez en la medida que esa norma sólo prevé un tope máximo de cinco millones de pesos (\$5.000.000).

El término “podrá” conforme a la literalidad del texto de ese dispositivo, implica que se encuentra en la órbita del juez interviniente decidir, en forma discrecional, si aplica o no esa multa ante la acreditada existencia de un incumplimiento legal o contractual. Se trataría de un supuesto de discreción, en tanto el juez que interviene posee la facultad de elegir entre diversas alternativas posibles previstas de antemano en términos generales (38). Sin embargo, esa discrecionalidad es amplia en el sentido que la norma en cuestión no proporciona un claro elemento empírico que sirva de referencia.

(37) ELLIS, D. *Fairness and efficiency in the law of punitive damages*, en LOPEZ HERRERA, E., op. cit. p. 104.

(38) CARACCIOLO, R. “Paradigmas de decisión judicial”, *inédito*, texto de estudio de la Maestría en Derecho y Argumentación Jurídica (4º cohorte) de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, octubre de 2012.

Como corolario de las cuestiones expuestas, la inmensa mayoría de los casos en los cuales se requirió al juez interviniente la imposición de daños punitivos, engastan en la categoría de *casos difíciles* donde, en definitiva, se hace efectiva una estrecha relación esencial entre el derecho y la moral y, asimismo, entre derecho y sociedad (39), del cual debe surgir algún criterio que oriente al juez en su decisión, ya que la norma que contempla los daños punitivos no proporciona un criterio certero para arribar a una respuesta correcta.

El Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 prevé la figura punitiva bajo el nombre “sanción pecuniaria disuasiva” en el art. 1714 para castigar a quien actúa con *grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva* (40). La previsión expresa de una conducta subjetiva agravada es muy atinada en cuanto la figura tiene en miras dicho elemento subjetivo para castigar; de este modo, se evitan posibles pretensiones de daños punitivos ante cualquier conducta negligente. Sin embargo, la fórmula a simple vista, no parece eliminar los problemas de vaguedad que obstaculizan arribar a una respuesta correcta. En tal sentido, no se entiende cuánto menosprecio es necesario para considerarlo grave, y la misma fórmula “menosprecio” no es clara, en cuanto está cargada de subjetividad.

Asimismo, se prevé la modificación de la actual norma 52 bis de la Ley 24.240, quedando la misma como una reproducción casi textual del artículo 1714, pero se aplica exclusivamente para proteger los derechos de consumidores, exigiendo una conducta agravada: el grave menosprecio hacia los derechos del consumidor y se prevé que el juez determine prudencialmente el destino de la condena, a diferencia del actual artículo que es exclusivamente a favor del consumidor. (41)

(39) AARNIO, A. en SASTRE ARIZA, S. “Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos, Universidad de Castilla- La Mancha”, [en línea] <http://helvia.uco.es> [Consulta: 12 de Diciembre de 2012].

(40) Proyecto de Código Civil y Comercial, 1º ed., Zavalía, Buenos Aires, 2012, Art. 1714. *Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.*

(41) Proyecto de Código Civil y Comercial, 1º ed., Zavalía, Buenos Aires, 2012, Art. 52 bis. *Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho, provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.*

II.2. La disuasión

La función disuasoria es considerada una función propia de los daños punitivos; en efecto, toda la doctrina y jurisprudencia parece estar de acuerdo en que los daños punitivos son condenas pecuniarias extra compensatorias con el objeto de sancionar al demandado y disuadir a éste y tal vez a terceros, de incurrir en conductas similares en el futuro (42).

A diferencia de la retribución que se orienta al pasado, la disuasión mira hacia el futuro. La función disuasiva apunta a que hechos similares no se repitan en el futuro. En el caso de los daños punitivos, se pretende que los potenciales dañadores eviten la conducta lesiva por temor a la sanción pecuniaria. Conforme la clasificación de prevención en general y especial; esta figura punitiva apunta a lograr ambos tipos.

Con respecto a la *prevención especial*, es decir la que se dirige al mismo sujeto que realizó la conducta ilícita, con la multa civil se pretende desalentar al victimario para evitar que en lo sucesivo realice conductas similares. Para lograr este fin, la imposición de la condena debe suponer un coste más elevado para el posible infractor que los beneficios que espera obtener con su actividad ilícita.

La idea de “beneficio que espera obtener” supone una actividad racional, una operación –si se quiere matemática– donde se sopesan las pérdidas y ganancias posibles de la actividad contraria a la conducta prometida o legalmente exigida.

Pizarro menciona entre las pautas de valoración para cuantificar los daños punitivos: 1) *la gravedad de la falta*; 2) *la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal*; 3) *los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito*; 4) *la posición de mercado o de mayor poder del punido*; 5) *el carácter antisocial de la conducta* (43).

La pauta mencionada en el inciso 2) tiende a reforzar la prevención especial, la cual se logrará si el sancionado percibe como gravosa la sanción pecuniaria; ya que de lo contrario –si la multa es irrisoria con respecto a su fortuna personal– no se logrará el efecto deseado. Una gran empresa que es multada con una ínfima suma en relación a su fortuna preferirá seguir infringiendo sus obligaciones legales o contractuales, si con ello procura un rédito mayor, tal es lo que sucede cuando el dañador actúa con *culpa lucrativa*.

Un claro ejemplo de esto es el renombrado caso de la jurisprudencia estadounidense *Grimshaw v. Ford Motor Company*, en el cual la poderosa compañía automotriz Ford lanzó al mercado el modelo “Ford Pinto”, revolucionario por su lanzamiento en muy poco tiempo y con criterios de economía sumamente estrictos, lo que lo convirtió en uno de los autos más vendidos en la historia. Pero no todo fue perfecto para Ford, ya que durante la etapa

(42) MARTINEZ ALLES, M.G. “¿Para qué sirven los daños punitivos?. Modelos de sanción privada, Sanción social y Disuasión óptima”, *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, Año XIV, N° 5, Mayo de 2012, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 62.

(43) PIZARRO, op. cit. P. 301.

de prueba del modelo, y antes de lanzarlo al mercado (44), se advirtieron dos defectos en el modelo: a) el depósito de combustible estaba ubicado de tal manera, que ante una colisión el coche explotaba con gran facilidad; y b) la carrocería era débil, por lo que en caso de choque, la misma se deformaba con el consiguiente bloqueo de sus puertas. Un análisis de expertos permitió colegir fácilmente que las probabilidades de accidentes y la reparación de los mismos serían escasas a comparación de las ventas si el producto era puesto a la brevedad en el mercado. Conclusión: económicamente convenía mil veces más afrontar los posibles reclamos por muertes o lesiones, a corregir los defectos de fabricación. Por lo tanto, la empresa decidió lanzar al mercado el producto defectuoso.

El previsible accidente ocurrió: Richard Grimshaw viajaba como pasajero en un Ford Pinto modelo 1972 conducido por Lilly Gray. El vehículo fue embestido por otro en la parte superior y comenzó a incendiarse provocando graves quemaduras en los pasajeros. De tal evento resultó la muerte de Lilly Gray, y graves quemaduras en el menor Richard Grimshaw que le causaron desfiguración permanente en el cuerpo y rostro. El juicio resuelto por jurados determinó que Grimshaw recibiera 2.800.000 dólares por daños compensatorios y 125.000.000 de dólares en concepto de daños punitivos, *punitive damages* (45).

En el caso citado, si el tribunal mandase a pagar únicamente el rubro “daños compensatorios”, el pago de la indemnización seguirá siendo la mejor opción económica para la empresa, antes que rescatar las miles de unidades vendidas y efectuar las reparaciones pertinentes, es más redituable causar daños y repararlos a tomar las precauciones necesarias para vender un producto seguro.

La *prevención general*, es decir a que se dirige a la sociedad entera para que –al percatarse de la sanción impuesta al demandado– se persuada de la conveniencia de no realizar actos similares, también ha sido reconocida como una finalidad de los daños punitivos. Prosser y Keeton definen los daños punitivos como “[*Aquellos daños que*] son otorgados al actor además y por encima de la completa compensación por los perjuicios con el propósito de castigar al demandado, de enseñar al demandado a no hacerlo de nuevo y de disuadir a otros de seguir el ejemplo del demandado” (46).

(44) The crash tests revealed that the Pinto's fuel system as designed could not meet the 20-mile-per-hour proposed standard...A production Pinto crash tested at 21 miles per hour into a fixed barrier caused the fuel neck to be torn from the gas tank and the tank to be punctured by a bolt head on the differential housing. In at least one test, spilled fuel entered the driver's compartment through gaps resulting from the separation of the seams joining the rear wheel wells to the floor pan. The seam separation was occasioned by the lack of reinforcement in the rear structure and insufficient welds of the wheel wells to the floor pan. When a prototype failed the fuel system integrity test, the standard of care for engineers in the industry was to redesign and retest it. The vulnerability of the production Pinto's fuel tank at speeds of 20 and 30-miles-per-hour fixed barrier tests could have been remedied by inexpensive “fixes,” but Ford produced and sold the Pinto to the public without doing anything to remedy the defects. [119 Cal. App. 3d 777]

(45) Corte de Apelaciones de California, Cuarto Distrito de Apelación, Segunda División, “Grimshaw v. Ford Motor Co”, 119, Cal. App. 3d, 757, 174, 29 de mayo de 1981, [en línea] <http://online.ceb.com/calcases/CA3/119CA3d757.htm> [Consulta: 23 de Agosto de 2013].

(46) PROSSER W. L. & KEETON, P. *Prosser and Keeton on the law of torts*, 5º ed. West Publishing Co., St. Paul Minnesota, 1984, p. 9.

La disuasión como fundamento del castigo es una justificación utilitarista que pone acento en el efecto esperado con el mismo. Aquí importa la racionalidad del sujeto, pero a diferencia del retribucionismo, la racionalidad se considera como aptitud para tomar decisiones valorando los potenciales riesgos y beneficios de las acciones. Esto implica apartarse del principio de proporcionalidad entre la actitud del demandado y la sanción impuesta, ya que el monto de la pena deberá ser adecuada para cumplir la finalidad disuasoria.

A este modo de fundamentar la sanción, se le objetó una crítica de carácter moral que consiste en el hecho de tratar instrumentalmente al infractor, usándolo como medio para lograr fines socialmente deseables. Se critica que es contrario a una intuición moral muy arraigada en el ser humano, formulada en el imperativo categórico kantiano conforme al cual es moralmente incorrecto usar a las personas sólo como un medio para conseguir un fin (47).

III. ¿Retribucionismo versus utilitarismo?

Vilajosana señala que el fundamento que subyace en estas formas de justificar la pena es muy distinto. La pena entendida como retribución se impone porque el infractor lo merece en virtud del incumplimiento de un deber, con independencia de las consecuencias que pueda tener el castigo en él o en la sociedad. Por su parte, la imposición de una sanción como disuasión sólo se justifica en tanto y en cuanto origine consecuencias más beneficiosas que la alternativa de no imponerla (48).

La pregunta que se impone es la siguiente: ¿es posible compatibilizar el retribucionismo con el utilitarismo?; ¿es posible sostener que los daños punitivos tienen una doble función de castigar y prevenir conductas dañosas, sin incurrir en contradicciones?

La perspectiva retribucionista hace hincapié en los principios morales, enfatizando que el fin de la pena es hacer justicia. Es por ello que el justo merecimiento es un ingrediente fundamental: el dañador merece la pena y la sociedad tiene el deber de aplicarla.

El utilitarismo que tiene en miras la disuasión, por su parte pone énfasis en argumentos de base empírica, teniendo en especial consideración a los factores que permiten lograr el fin esperado.

Los conflictos también aparecen al momento de merituar la sanción correspondiente: el retribucionismo cuantificaría la sanción pecuniaria conforme los parámetros de proporcionalidad e igualdad; mientras que para lograr la disuasión, se debe considerar la situación particular del dañador de modo que la pena aplicada logre desalentar su conducta potencialmente lesiva.

Por estos motivos, muchas veces se ha entendido que las posiciones retribucionistas y utilitaristas no pueden conciliarse. A partir de este conflicto, se han planteado algunas

(47) VILAJOSANA, op.cit. p. 187.

(48) Ibid, p. 183.

alternativas para compatibilizar estas dos posturas: o bien se puede partir de la justificación general retribucionista con algunos límites de carácter utilitarista (merecimiento limitado por la utilidad); o bien se puede partir de una justificación general utilitarista con ciertas limitaciones retribucionistas (utilidad limitada por el merecimiento). (49)

Un ejemplo de esta última alternativa se ha intentado desde el análisis económico del derecho, donde se ha construido una teoría de la disuasión otorgando preeminencia al aspecto preventivo por encima del sancionatorio pero sin negar este último.

IV. Entonces, ¿cuál es la justificación de los daños punitivos?

En estas líneas, se ha mostrado de qué modo las concepciones subyacentes en la doctrina y en la jurisprudencia argentina respecto de la finalidad de los daños punitivos, encajan con las justificaciones retribucionista y utilitarista disuasiva. Sin embargo, hay un punto en que estas distintas concepciones parecen no congeniar.

Con respecto a la objeción moral, conforme la cual el utilitarismo atenta contra una intuición moral del ser humano manifestada en el imperativo categórico según el cual no se debe tratar a las personas como un medio para la consecución de ciertos fines, no debe soslayarse que el utilitarismo es visto por sus partidarios también como una filosofía moral; para éstos, las consecuencias que se persiguen (sea disuasión, rehabilitación o incapacitación), pesan más que el ideal retributivo (50).

Suponiendo que eliminamos dicha objeción de carácter moral, lo que parece obstaculizar este intento por conciliar ambas posiciones es lo referente a la aplicación y graduación del castigo. Para lograr los fines disuasivos, es menester considerar las particularidades del dañador (especialmente lo atinente a su fortuna personal); si ante hechos similares se aplican sanciones similares (principio de proporcionalidad e igualdad), no sólo no se logrará desalentar a muchos de los demandados o potenciales dañadores, sino que se alterará el equilibrio del mercado. Esta última consecuencia, es claramente indeseada en una sociedad que valora el libre comercio: si se establecen sanciones económicas altas, las pequeñas y medianas empresas o los particulares verán gravemente alterado su patrimonio y previsiblemente llegarán a la quiebra. Del otro lado, si se establecen sanciones bajas o “razonables”, esto provocará un simple cosquilleo en los bolsillos de grandes empresas, como hubiera ocurrido en el emblemático caso *Grimshaw v. Ford*; de este modo no se logrará la disuasión y será preferible para el demandado (en términos económicos) seguir dañando.

Sin embargo, creemos que no existen óbices para la tan extendida afirmación conforme la cual los daños punitivos persiguen una doble función: prevenir (disuasión) y sancionar (retribución).

El principio del justo merecimiento no puede eludirse cuando se trata de daños punitivos. Este principio constituye un elemento esencial que abre las puertas a la

(49) *Ibid*, pp. 206-209.

(50) *Ibid*, p. 207.

aplicación de esta multa civil: no puede aplicarse esta sanción sin un elemento subjetivo agravado (dolo, culpa grave, culpa lucrativa). En la jurisprudencia norteamericana, donde esta figura punitiva ha adquirido mayor desarrollo tanto doctrinario como jurisprudencial, la noción misma de “daño punitivo” (*punitivedamages*) está indisolublemente unida a la de conducta reprochable.

En la jurisprudencia argentina desde la incorporación de la figura a la ley de defensa del consumidor, también se acepta el principio de justo merecimiento como la llave de apertura a la aplicación de esta sanción. Un caso emblemático ha sido el ya citado fallo “*Teijeiro c/ Cervecería y Maltería Quilmes*” de la ciudad de Córdoba. El hecho que motivó la demanda fue el siguiente: el día 24 de octubre de 2008 el actor adquirió una botella de gaseosa marca *Pepsi* y cuando se aprestaba a consumirla advirtió que ésta tenía en su interior un envoltorio abierto y usado de gel íntimo para preservativos marca *prime*. El juez de primera instancia concedió al actor la suma de \$2.000.000 (dos millones) en concepto de daños punitivos, basado en la sola existencia de la botella reservada en secretaría sin signos evidentes de haber sido manipulada o abierta. La parte demandada apeló el pronunciamiento de primera instancia, alegando que no corresponde la procedencia de los daños punitivos. Los miembros del tribunal consideraron procedente este agravio en base a los siguientes argumentos:

“Es que, para la imposición de la multa civil a que se refiere el art. 52 bis L.D.C., no bastan como en aquel caso las circunstancias que autorizan a atribuir objetivamente la responsabilidad al proveedor por su calidad de tal, sino que es necesario que concurra un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose.

En efecto, considero que la demandada ha demostrado que en el proceso de producción y embotellamiento de la bebida gaseosa que nos ocupa, adopta las medidas de precaución para preservar la higiene y calidad del producto que se requieren conforme a parámetros internacionales... Es claro que la sola existencia de la botella defectuosa que obra reservada en secretaría del tribunal de primera instancia pone en evidencia que el sistema de gestión de calidad, por avanzado y completo que sea, no es infalible. Si apareció el envoltorio de gel íntimo en el interior de la botella cerrada es porque alguna falla hubo, pero la prueba rendida demuestra que no estamos frente a lo que se denomina “daño lucrativo”, es decir aquellos que se producen por una omisión deliberada de ciertos cuidados o precauciones exigibles, con el propósito de abaratar costos o incrementar la ganancia.”

Si aceptamos el justo merecimiento como elemento esencial de los daños punitivos, pareciera que nos enrolamos en la fundamentación retributiva. Sin embargo, los principios de proporcionalidad y justicia no pueden aplicarse a rajatabla para merituar una condena por daños punitivos, ya que no se lograría el esperado efecto de desalentar a los dañadores o potenciales dañadores de realizar la conducta antijurídica.

Nótese que si exigimos como elemento esencial el justo merecimiento, nos encontramos en el ámbito de conductas racionales y libres; es decir, el agente libremente y

de manera deliberada elige causar un daño. Es por ello que los daños punitivos tienen como fin desalentar este tipo de conductas especulativas, lo cual es perfectamente compatible con la idea de justo merecimiento.

Por lo tanto, podría decirse que la postura que mejor da cuentas de esta figura punitiva es la que concilia el retribucionismo con el utilitarismo en cuanto persigue la disuasión. De las dos variables mencionadas (merecimiento limitado por la utilidad y utilidad limitada por el merecimiento), creemos que la más adecuada es la que establece como principio determinante el merecimiento, mientras que la utilidad funcionará como un principio limitador para cuantificar la sanción.

Paul Robinson propone esta forma de justificación de la pena de la siguiente manera: “deberíamos esperar de los jueces que tomen decisiones retributivamente apropiadas, es decir, que respeten los principios de justo merecimiento, proporcionalidad e igualdad, salvo que el resultado sea un incremento intolerable del nivel de criminalidad. Si esto último sucede, entonces los jueces pueden ser más duros e imponer sanciones más severas” (51).

En el específico ámbito de los daños punitivos, la excepción a los principios de proporcionalidad e igualdad de la pena estaría dada por la disuasión que se espera lograr con la aplicación de esta figura. En tal sentido, si la cuantificación conforme los principios de proporcionalidad e igualdad implican una suma irrisoria para el demandado debido a sus condiciones personales, entonces está justificada un incremento de dicha suma.

V. Si el fundamento de los daños punitivos se encuentra dado por sus fines sancionatorio y punitivo, ¿está justificado aplicar esta sanción en el ámbito civil?

Entre quienes se opusieron a la incorporación de los daños punitivos en el derecho argentino, se alegó que el fin sancionatorio de los mismos, atenta contra nuestro régimen de responsabilidad civil, al tratarse de una figura propia del sistema penal dada su naturaleza de multa.

Siguiendo esta línea, Owen se refiere a los daños punitivos como “*una curiosa criatura del derecho habitando un extraño límite entre el derecho civil y criminal*” (52). Sin embargo, la doctrina mayoritaria no pone en cuestión la compatibilidad de una figura sancionatoria con nuestro régimen de responsabilidad civil.

Sin lugar a dudas, apoyamos la segunda postura por las razones que se explicitarán.

En primer lugar, la norma penal no se caracteriza por su función exclusivamente punitiva; ni la norma civil por su función exclusivamente reparadora o indemnizatoria.

En tal sentido, el artículo 117 del Código Penal, dispone que *el acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo*. Nótese que la publicación de la retractación constituye el

(51) ROBINSON, P. (1988), en Vilajosana, op. cit. p. 208.

(52) OWEN, D. op. cit., p. 705.

típico ejemplo de *reparación* en especie. El acusado queda libre de toda responsabilidad mediante un acto de reparación que pretende volver las cosas al estado anterior al delito.

La función preventiva también se encuentra presente en el derecho penal; ya que “nuestro ordenamiento legal establece, con jerarquía constitucional, que las penas privativas de la libertad, tendrán esencialmente una función preventiva especial (artículos 5 inciso 6) del Pacto de San José de Costa Rica y 75 inciso 22) C. N.)” (53). De este modo, tenemos en el Código Penal normas cuyo norte es la punición (la función *vedette* del derecho penal); pero también hay normas que pretenden la reparación (54) y normas que persiguen la prevención de delitos.

Por su parte, el derecho de responsabilidad civil o derecho privado de daños, no persigue únicamente la reparación o indemnización de daños; sino también la prevención y punición de los mismos. Así lo reconoce explícitamente el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 en su artículo 1708: *Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva.*

Por lo tanto, creemos que la respuesta a la pregunta formulada, debe enunciarse con un sentido netamente pragmático y desprovisto de falsos dogmatismos y de rigurosas clasificaciones.

En un informe de la *Law Reform Commission* denominado: “*Law Reform Commission’s Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*” (55) se recomienda la aplicación de los daños punitivos para llenar lagunas que deja el derecho penal. Incluso André Tunc, partidario de la función preeminentemente compensatoria en materia de responsabilidad civil, recomienda la aplicación de daños punitivos para supuestos de difamación o violación de la vida privada (56).

Si el derecho civil, mediante su régimen de responsabilidad por daños puede cumplir con funciones que el derecho penal no puede realizar eficazmente, debe darse vía libre a la regulación de estos vacíos en el ámbito civil. Ello redundaría en un beneficio al aparato judicial, dado el alto costo económico que significa el despliegue de la represión penal, el abarrotamiento de causas que se articulan y la estigmatización que un proceso penal genera en el sindicado responsable.

VI. Reflexión final

Prima facie, la incorporación de los daños punitivos al derecho del consumo, parece perseguir la encomiable finalidad de equilibrar las diferencias existentes entre las par-

(53) BUTELER, E.R. *Derecho Penal. Parte general*, LASCANO, C. J. (dir), Advocatus, Córdoba, 2002, p. 656.

(54) También encontramos normas eminentemente indemnizatorias en el título 4 del Libro Primero, denominado: Reparación de perjuicios.

(55) LOPEZ HERRERA, Edgardo, op. cit., p. 31.

(56) TUNC, A., *La responsabilidad civil*, 2ª ed., Économica, París, 1989.

tes contratantes, ya que como bien señaló el filósofo Anacarsis: *Muchas veces las leyes son como las telarañas: los insectos pequeños quedan prendidos en ellas; los grandes la rompen*. Los abusos que comenten las grandes empresas contra los consumidores son una cotidianeidad que alarma a nuestra sociedad y deben encontrar un coto. Sin embargo, la aplicación de una sanción no puede ser irrestricta y debe estar sujeta a algunas limitaciones. Principalmente, debe haber una justificación para la coacción que implica causar de manera deliberada un daño; más aún cuando ese daño puede ser desmesurado en relación con la conducta que lo origina. Éstos son algunos de los problemas que trae aparejada la indeterminación conceptual y legal de los daños punitivos en el derecho argentino.

Con respecto a la indeterminación conceptual, no existe consenso con respecto a las funciones que persigue dicha figura; y aun cuando existe un aparente acuerdo respecto de la doble finalidad sancionatoria y disuasiva, no hay una clara delimitación de los principios implicados y las consecuencias que ello trae aparejado para resolver muchas cuestiones acerca de la aplicación de los mismos; por ejemplo, la cuantificación de la multa. Tampoco hay acuerdo respecto de qué conductas son reveladoras del ánimo subjetivo agravado que se exige para la aplicación de los daños punitivos, ya que si bien se evoca constantemente la necesidad de un elemento subjetivo agravado, no hay una clara noción del justo merecimiento para aplicar esta sanción. Esto se advierte, en fallos donde en primera instancia se aplica la sanción con fundamento en la gravedad de la falta y en segunda instancia se niega la procedencia de la misma, fundamentándose que el hecho no configura un supuesto de dolo, culpa grave o culpa lucrativa (57).

En relación a la indeterminación legal, el artículo 52 bis de la ley 24.240 no resulta claro en cuanto al presupuesto de aplicación de los daños punitivos. Este es quizás uno de los problemas más importantes con respecto a la justificación de esta sanción civil, ya que para sancionar un acto es necesario que el mismo se determine de forma más o menos clara, porque de lo contrario no puede decirse que el autor eligió cometer ese acto que la sociedad reprueba. Lamentablemente, la solución que brinda el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012, al prever una conducta subjetiva agravada, no parece eliminar este problema, ya que la fórmula adoptada

(57) Un ejemplo es el citado fallo Teijeiro c/ Cervecería y Maltería Quilmes donde en primera instancia se concedió la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000,00) en concepto de daños punitivos. Sin embargo, en la segunda instancia, los miembros de la Cámara dejaron sin efecto la condena por daños punitivos en tanto entendieron que para justificar la imposición de esa multa civil, conforme se desprende de la literalidad del art. 52 bis L.D.C., no son suficientes las circunstancias que los faculta a atribuir, con criterio objetivo, responsabilidad al proveedor en su calidad de tal. Que para ello, resultaba necesaria la adicional existencia de un grave reproche subjetivo para justificar la adopción de esa medida *excepcional* destinada a disuadir al que provocó el daño de las consecuencias que generó el ilícito e intentar de ese modo, evitar su futura repetición. Del mismo modo, en primera instancia, la sentencia dictada para los autos: “R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.,” rechazó el rubro daño punitivo e invocó para ello, su carácter excepcional así como la inexistencia de elementos probatorios de mala fe o intención de dañar por parte de la demandada. Sin embargo, la Cámara que intervino en alzada concedió la suma de pesos quince mil (\$15.000), en concepto de daños punitivos y fundamentó esa decisión en la corroboración de que efectivamente existían datos inequívocos, extraídos de la causa, que acreditaban un proceder abusivo de la demandada y una notoria falta de atención a numerosas gestiones realizadas por el consumidor.

-grave menosprecio- es poco precisa; y a su vez, tampoco adopta un referente claro de aplicación de la norma.

Bibliografía

- ALCHOURRON, Carlos E. y Eugenio BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 5ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles- comerciales de consumo. Teoría general*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998.
- ALTERINI, Atilio A. (director) y Federico DE LORENZO (subdirector), *Revista de responsabilidad civil y seguros*, Año II, N° 4, Agosto de 2000, Buenos Aires, La Ley, 2000
- ALTERINI, Atilio A. y Roberto M. LOPEZ CABANA (dirs.), *La Responsabilidad, Libro en Homenaje al Profesor Isidoro Goldenberg*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1995.
- ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, “Los daños punitivos”, LL 2001-A-1111.
- BUERES, Alberto, Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI (dirs.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1997.
- BURN, C. A., “¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados ‘daños punitivos’), DJ 2004-3-1228.
- GALDÓS, Jorge M., “Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998: Primeras aproximaciones”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nro. 5, 1999.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2da ed., Madrid, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A., 2004
- GHERSI, Carlos A., *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción por Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.), *Derecho de daños, Libro en Homenaje al Prof. Félix Trigo Represas*, 2ª parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993.
- KRAUT, Alfredo J., “Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva”, JA 1989-III-907.
- LASCANO, Carlos J. (dir), *Derecho Penal. Parte general*, Advocatus, Córdoba, 2002.
- LOPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, 1ra. ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2008.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, 2da. ed., Santa Fe, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2009.
- LORENZETTI, R. A., *Las normas fundamentales del derecho privado*, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 1995.
- MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, traducción por Marcelo Mendoza Hurtado, 1 ed., Barcelona, Ed. Gedisa, 2001.
- MARTINEZ ALLES, María Guadalupe, “¿Para qué sirven los daños punitivos?. Modelos de sanción privada, Sanción social y Disuasión óptima”, *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, ALTERINI, Atilio A. (dir.), Año XIV, N° 5, Mayo de 2012, La Ley, Buenos Aires, 2012.

MARTINOTTI, Diego F., “Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, LL, 31/11/2001.

MOISÁ, B., “Los llamados ‘daños punitivos’ en la Reforma de la Ley 24.240”, RCyS, agosto de 2008.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La ‘multa civil’ o daño punitivo. Comentario al Proyecto de Código Civil de 1998”, LL 2000-B-1277.

NALLAR, F., “Prevención del daño: La ‘Multa Civil’ o ‘Daños Punitivos’ en el Proyecto de Código Civil de 1998”, ADLA 2007-E-549.

OWEN D., “The moral foundations of punitive damages”, *Alabama Law Reviews*, vol. 40, Nº 3, primavera 1989.

PADILLA, R., *Sistema de la Responsabilidad civil*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1997.

PIZARRO, Ramón D., VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones 2*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

PROSSER W. L. & KEETON, P. *Prosser and Keeton on the law of torts*, 5º ed. West Publishing Co., St. Paul Minnesota, 1984.

ROSENKRANTZ, Carlos F. (comp.), *La responsabilidad extracontractual, 1ra. Ed.* Barcelona, Gedisa, 2005.

SASTRE ARIZA, S. “Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos, Universidad de Castilla- La Mancha”, [en línea] <http://helvia.uco.es> [Consulta: 12 de Diciembre de 2012].

SAUX, Edgardo I. y Enrique C. MULLER, *Responsabilidad Civil y Aquiliana*, 1 ed., Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2005.

TUNC, A., *La responsabilitécivile*, 2ª ed., Économica, París, 1989.

VILAJOSANA, Josep M., *Identificación y justificación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Tº 4, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1999.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2004.

